

الدور الخلاق للقضاء
في مجال التحكيم التجاري الدولي

أ.د. محمود سمير الشرقاوي

أستاذ القانون التجاري والقانون البحريٍ

عميد كلية الحقوق بجامعة القاهرة (سابقاً)

محام بالنقض

تمهيـــد:

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للتحكيم، ويسود فى هذا الصدد اتجاهان، يرى الأول أن له طبيعة قضائية(١)، إذ أن المحكم هو قاض خاص يعينه أطراف النزاع ويستمد سلطته القضائية من إعتراف القانون بالوظيفة القضائية للمحكم والسماح للمتنازعين باختيار محكميهم لحسم النزاع الذى قد يثور بينهم بمناسبة تنفيذ عقد معين أو بسبب وجود علاقة غير تعاقدية بينهم تقبل التحكيم طبقاً لأحكام القانون، لذا لا يجوز، عند وجود اتفاق تحكيم أن يلجأ أحد الأطراف إلى قضاء الدولة، وإذا حدث هذا، فعلى القاضى أن يحكم بعدم جواز نظر الدعوى أى بعدم قبولها، متى دفع الطرف الآخر الدعوى بعدم القبول، وطبقاً لهذا الإتجاه فإن أحكام التحكيم تحوز حجية الأمر المقضى به وتكون واجبة النفاذ مع مراعاة الأحكام التى ينص عليها القانون(٢).

---

(١) Fouchard, Gaillard et Goldman, Traité de l' arbitragecommercial international, Litec 1996, No. 12,p. 14 et s.

وانظر أيضاً مؤلف Robert بعنوان L' Arbitrage, droit interne, droit international, 5e éd 1983, P3-4.

(٢) أنظر المادة (٥٥) من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية.



أما الإتجاه الثانى فيرجح الطبيعة العقدية للتحكيم(٣)، إذ أن أساس ونطاق مهمة المحكم، وتعيينه، وتحديد القانون الذى يحكم بمقتضاه، يستند إلى اتفاق الأطراف على إخضاع منازعاتهم للتحكيم، ويقتصر دور قضاء الدولة على الرقابة على أعمال المحكم، وتنفيذ أحكامه أو الحكم ببطلانها فى الأحوال التى يقررها القانون.

إلا أننا نرى، أن للتحكيم طبيعة مختلطة، فهو يجمع بين الطبيعة العقدية والطبيعة القضائية، إذ يستمد التحكيم إلزامه من اتفاق أطرافه على الأخذ به كوسيلة لفض ما قد ينشأ بينهم من أنزعة، ويمارس المحكم دور القضاء فى الفصل فيما قد ينشأ عن علاقات أطراف الإتفاق على التحكيم من منازعات تتعلق بتفسير أو بتنفيذ العقود التى تربط بينهم(٤).

وقد ازدادت أهمية التحكيم كوسيلة لفض المنازعات فى مجال المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية بعد أن تعاظمت أهمية هذه التجارة فى النظام الاقتصادى الدولى الجديد. ويعرف التحكيم التجارى الدولى بأنه التحكيم الذى يكون موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية، أى التجارة التى تتعدى آثارها حدود أكثر من دولة.

---

(٣) د. مختار بريرى فى مؤلفه التحكيم التجارى الدولى ١٩٩٥ رقم ٣ ص ٧.
ويرى د. فتحى والى فى مؤلفه الوسيط فى قانون القضاء المدنى طبعة ٢٠٠١ رقم ٤٦٠ ص ٩٤٢ أن الاتفاق على التحكيم يعد عقدا من عقود القانون الخاص، كما يرى أن سلطة المحكم تستمد من اتفاق الأطراف ــ رقم ٤٧٨ ص ٩٧٤.

(٤) وفى الاتجاه ذاته يذهب أستاذنا المرحوم الدكتور محسن شفيق فى محاضراته فى التحكيم التجارى الدولى سنة ١٩٧٤ ص ٧٣، إلى أن التحكيم " ليس اتفاقاً محضاً، ولا قضاء محضاً، وإنما هو نظام يمر فى مراحل متعددة، يلبس فى كل منها لباساً خاصاً ويتخذ طابعاً مختلفاً، فهو فى أوله اتفاق، وفى وسطه إجراء، وفى آخره حكم... وهذا النظر هو الذى يجعل من التحكيم نظاماً متميزاً قائماً بذاته autonome..." وقد وصف أستاذنا الكبير صراحةً فى ص ١٠ من المرجع المشار إليه، نظام التحكيم بأنه نظام مختلط.

تدخل القضاء فى مجال التحكيم:

يعد اللجوء إلى قضاء الدولة هو الوسيلة الطبيعية والعادية لفض المنازعات التى تثور فى مجال المعاملات الاقتصادية. إلا أن تكدس القضايا أمام المحاكم أدى إلى بطء إجراءات التقاضى، الأمر الذى لا يتفق مع طبيعة المعاملات الاقتصادية لا سيما ما يتسم منها بالطبيعة الدولية. وترتب على ذلك أن تضمنت الغالبية العظمى من عقود التجارة الدولية شرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التى قد تنشأ عنها. كما بدأ انتشار شرط التحكيم أيضاً فى عقود التجارة على المستوى الوطنى، وبالرغم من أن نظام التحكيم، هو خير النظم التى تيسر التعامل التجارى، بفضل ما يضمنه من حرية المتعاقدين فى اختيار أعضاء محكمتهم، وما يحققه لهم من سرعة الفصل فى المنازعات، بأحكام نهائية ملزمة لأطرافها فى معظم الأحيان، إلا أن نظرة القضاء فى مختلف الدول، إلى نظام التحكيم قد تتسم أحياناً بأنها نظرة غير ودية، وهى نظرة تتجاهل دور التحكيم كنظام معاون للقضاء ومن شأنه تخفيف العبء عنه.

ومن ناحية أخرى، فإن التشريعات الإجرائية المختلفة، لا تترك نظام التحكيم بغير تدخل قضائى.

لذلك يتدخل قضاء الدولة فى مراحل عملية التحكيم المختلفة، بدءاً من تعيين المحكمين، حتى صدور حكم التحكيم، ويشمل أيضاً تنفيذ الحكم، ورفع دعوى بطلان الحكم أمام القضاء إذا كان هناك وجه لذلك، بل تمنح بعض التشريعات القضاء سلطة الفصل فى الطعن أو فى إعادة النظر، فى حكم التحكيم.

وتمتد عملية الرقابة القضائية على أعمال المحكمين إلى منازعات التحكيم التجارى سواء الوطنى أو الدولى. ولغياب وجود قضاء دولى متخصص لممارسة الرقابة على نشاط التحكيم، فإنه لا مناص من قيام القضاء الوطنى فى مختلف الدول من



الاضطلاع بهذ الدور. وتحدد التشريعات الوطنية عادةً حالات هذه الرقابة ونطاقها. وبينما تحرص هذه التشريعات على عدم التوسع فى سلطة القضاء الرقابية على التحكيم، بحيث لا تطغى على سلطة المحكم ولا تفتأت على الأهداف التى يبتغيها أطراف التحكيم من هذا النظام، إلا أن ذلك لم يؤثرعلى اجتهاد القضاء فى مختلف الدول، بحيث أصبح له دور خلاق، فى إرساء مبادئ التحكيم وتعزيز قواعده، فلا يقتصر على التفسير الحرفى أو التطبيق الجامد لنصوص التشريعات التحكيمية، بل يتجاوز ذلك إلى خلق قواعد تحكيمية يفيد منها المتقاضون فى هذا المجال، دون أن يخرج القضاء فى ذلك على أحكام القانون نصاً وروحاً.

موقف التشريع من دور القضاء فى مجال التحكيم:

من المعروف أن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية UNCITRAL، قد وضعت سنة ١٩٨٥ تشريعاً نموذجيا للتحكيم التجارى الدولى، لإتاحة الفرصة لمختلف الدول لتبنى هذا التشريع وإصداره لديها، بهدف توحيد تشريعات التحكيم التجارى الدولى فى مختلف الدول، مما يحقق العديد من المزايا فى مجال التجارة الدولية، أبرزها أن تسرى على التحكيم التجارى الدولى فى منازعات التجارة الدولية أحكام تشريعية موحدة. ومن ناحية أخرى، فقد سبق صدور التشريع النموذجى للأنسيترال، صدور قواعد للتحكيم وضعتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (الأنسيترال) سنة ١٩٧٦. ويجوز للأطراف المتعاقدة فى أحد عقود التجارة الدولية أن تتبنى هذه القواعد لتسرى على اجراءات التحكيم الذى قد يجرى بين اطراف العقد. وجدير بالذكر أن مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى يحيل إلى هذه القواعد عندما يتفق أطراف التحكيم على تطبيق قواعد المركز.

أما القانون النموذجى للأنسيترال، فقد تبنته عدة دول، ومن بينها بعض الدول

العربية، منها مصر واليمن والبحرين وعمان والأردن[٥].

ونعرض فيما يلى لموقف القانون النموذجى للأنسيترال، وبعض التشريعات العربية التى أخذت عنه، بشأن علاقة التحكيم بالقضاء ، فى أهم الأمور التى تحددها هذه التشريعات فى هذا الشأن.

المحكمة المختصة:

تقضى المادة (٥) من القانون النموذجى بأنه فى الأمور التى يحكمها هذا القانون، فلا يجوز أن تتدخل أية محكمة، عدا تلك التى يحددها هذا القانون. و يهدف هذا الحكم إلى تركيز الاختصاص فى أمور التحكيم فى محكمة واحدة، وتقضى المادة (٦) بأن كل دولة تتبنى هذا القانون النموذجى، تحدد المحكمة المختصة بنظر الأمور المتعلقة بالتحكيم.

وتطبيقاً لما تقدم تقضى المادة (٩) من قانون التحكيم المصرى على أن يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع فى التحكيم الداخلى، أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر.

فإذا انعقد الاختصاص لمحكمة معينة فتظل وحدها هى المختصة حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم، والهدف من ذلك الحكم تركيز الاختصاص فى أمور التحكيم فى محكمة واحدة حتى لا يتشتت الفصل فى المسائل المتعلقة بالنزاع التحكيمى بين أكثر من محكمة.

---

(٥) صدر قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والذى استقيت أحكامه من القانون النموذجى Model law للأنسيترال سنة ١٩٨٥، وإن اختلف القانون المصرى مع القانون النموذجى فى بعض المسائل.



وقد صدر فى البحرين قانون التحكيم التجارى الدولى سنة ١٩٩٤، ونص على أن يعمل بأحكام القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى لعام ١٩٨٥ على كل تحكيم تجارى دولى يجرى فى البحرين ما لم يتفق طرفاه على اخضاعه لقانون آخر.

وبموجب هذا القانون تختص محكمة الاستئناف العليا المدنية بأداء الوظائف المتعلقة بالإشراف و المساعدة فى مجال التحكيم والمنصوص عليها فى المادة (٦) من القانون النموذجى، ومن ثم يعد القانون النموذجى الصادر عن الانسيترال هو قانون التحكيم التجارى الدولى فى مملكة البحرين(٦).

وفى عمان أصدر المشرع قانوناً جديداً للتحكيم فى المنازعات المدنية والتجارية، وهو القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٧،الذى يكاد يكون منقولاً حرفياً من قانون التحكيم المصرى فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧لسنة ١٩٩٤ (٧)، الذى نقل بدوره عن القانون النموذجى ــ مع اختلاف بعض الأحكام القليلة ــ وتختص محكمة الاستئناف التجارية فى عمان بنظر المسائل التى يحيلها قانون التحكيم إلى القضاء فى مجال التحكيم التجارى الدولى.

أما القانون اليمنى، فتنص المادة (٨) من القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢المعدل بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٧ بشأن التحكيم، على أن تختص المحاكم الاستئنافية بنظر القضايا التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء، ما لم يتفق طرفا التحكيم على جعل الاختصاص لمحكمة أخرى.

وصدر القانون الأردنى الجديد للتحكيم استجابة لتوصية مجلس الأعيان الذى قرر خلال جلسته الثانية من الدورة الاستئنافية لمجلس الأمة الثالث عشر والمنعقدة بتاريخ

---

(٦) أنظر موسوعة التحكيم فى البلاد العربية للدكتور عبد الحميد الأحدب حـــ ١ ص ١٦٧.

(٧) مع القليل من أوجه الخلاف بين القانون المصرى والقانون العمانى، إلا أن الأخير قد نقل أحكام القانون المصرى حتى تلك التى يختلف فيها مع القانون النموذجى

٢٠٠٠/٧/٢٤ وبعد موافقته على قرار مجلس النواب برفض مشروع قانون التحكيم لسنة ١٩٩٧، رفع توصية إلى مجلس الوزراء بإعداد مشروع قانون جديد للتحكيم يستند إلى القانون النموذجى، ورأت اللجنة التى و ضعت مشروع القانون الجديد تبنى قانون التحكيم المصرى، لأنه أقرب التشريعات العربية إلى القانون النموذجى، مع بعض التعديلات التى تناسب الواقع الأردنى. لذا يمكن القون أن قانون التحكيم الأردنى الجديد هو قانون التحكيم المصرى المستمد من قانون الأنسيترال النموذجى مع قليل من التعديل(٨). وقد جعل القانون الأردنى الجديد للتحكيم الاختصاص بنظر المسائل المرتبطة بالتحكيم لمحكمة الاستئناف، وقد قضت المادة (٨) من القانون المذكور بأنه لا يجوز لأى محكمة أن تتدخل فى المسائل التى يحكمها قانون التحكيم الأردنى إلا فى الحالات التى يجيزها هذا القانون، ولكن يمكن للمحكمة التحكيمية أن تطلب من المحكمة المختصة، أى محكمة الاستئناف مساعدها على إجراءات التحكيم وفق ما تراه الهيئة التحكيمية مناسباً لحسن سير التحكيم(٩).

عدم قبول الدعوى أمام القضاء فى حالة وجود شرط تحكيم:

إذا اتفق طرفا عقد معين على التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التى تنشأ عن هذا العقد، فلا يجوز لأحد الطرفين أن يلجأ إلى محاكم الدولة إلا إذا وافق الطرف الآخر على ذلك صراحةً أو ضمناً، إذ يعنى هذا عدول الطرفين عن شرط التحكيم.

وتطبيقاً لذلك قضت المادة (١٣) من قانون التحكيم المصرى بأنه يجب على المحكمة التى يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أى طلب أو دفاع فى الموضوع. ولا يحول رفع

(٨) مقال للدكتور عبد الحميد الأحدب بعنوان "قانون التحكيم الأردنى الجديد " مجلة التحكيم العربى العدد الخامس سبتمبر ٢٠٠٢ ص ٧٥.

(٩) الأحدب فى مقاله السابق.

الدعوى المشار إليها دون البدء فى اجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم. ومؤدى هذا النص أنه يجب على المحكمة الحكم بعدم قبول الدعوى متى وجد شرط تحكيم فى عقد من العقود، رفعت بشأنه دعوى أمام المحكمة ودفع المدعى عليه بعدم قبول تلك الدعوى. و يهدف هذا الحكم إلى احترام اتفاق الأطراف على حل منازعاتهم عن طريق التحكيم.

ويثور التساؤل فى هذه الحالة، عما إذا كان يجوز للمحكمة رفض الدفع بعدم القبول، إذا تمسك به المدعى عليه أمامها، متى تبين لها عدم صحة اتفاق التحكيم، أو سقوطه أوعدم قابليته للتنفيذ، وتقضى المحكمة فى موضوع الدعوى؟

نلاحظ بادئ ذى بدء أن نص المشروع المصرى فيما يتعلق بالمادة (١٣) كان يقضى بذلك، ولكنه رؤى حذف هذا الحكم من النص. ونعتقد أن سبب الحذف هو أنه مقرر بمقتضى القواعد العامة دون حاجة إلى نص. إذ الأصل هو اختصاص قضاء الدولة بنظر الدعاوى المتعلقة بالمنازعات التى تثور بين الأفراد فى معاملاتهم، فإذا وجد إتفاق تحكيم بشأن أحد العقود فإن ذلك يعنى أن أطراف التعاقد أناطوا هذا الإختصاص بالتحكيم شريطة أن يكون هذا الإتفاق صحيحاً وقائماً [١٠] .

ويأخذ القانون العمانى بذات الحكم الوارد فى القانون المصرى، وذلك فى المادة (١٣) منه. كما أن القانون البحرينى أخذ بذات المبدأ حيث تبنى صراحةً وحرفياً القانون النموذجى، ويتضح من المادة (٨) من هذا القانون بالأخذ بهذا الحكم بالنص

(١٠) مختار بريرى، المرجع السابق رقم٣٢ ص ٤٧. ولا يغير من ذلك ما تنص عليه المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصرى، التى تكرس مبدأ الاختصاص بالاختصاص، حيث تخول هيئة التحكيم سلطة الفصل فى الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما فى ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو سقوطه، لأن سلطة هيئة التحكيم بالفصل فى هذه الدفوع لا تسلب الاختصاص الأصيل لقضاء الدولة فى الفصل فى تلك الدفوع، وقد طعن بعدم الدستورية فى نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصرى المشار إليه ولكن المحكمة الدستورية العليا رفضت هذا الطعن

على أنه عند وجود اتفاق تحكيم، على المحكمة أن تحيل الاطراف إلى التحكيم، متى طلب المدعى عليه ذلك فى موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول فى موضوع التزاع، ما لم يتضح للمحكمة أن إتفاق التحكيم باطل ولاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه.

وقد تبنى القانون اليمنى فى المادة (١٩) نص المادة (٨) من القانون النموذجى، وأضاف إليه أنه يجوز لمحكمة الدولة أن تنظر الدعوى أيضاً إذا تابع الطرفان إجراءات التقاضى أمامها، إذ يعد اتفاق التحكيم فى هذه الحالة كأن لم يكن. وكذلك أخذ القانون الأردنى الجديد بمضمون الحكم ذاته.

ويسهم القضاء فى مختلف الدول العربية بدور فعال فى استقرار هذا المبدأ، إذ قضت محكمة النقض المصرية قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، بأنه إذا حكم ببطلان الإتفاق على التحكيم، زالت آثار الاتفاق، وعاد لطرفيه الحق فى الالتجاء إلى قضاء الدولة[(١١)]ويبين من هذا الحكم انه قضاء كرس المبدأ الذى يقضى بأن الأصل هو اختصاص قضاء الدولة والاستثناء هو اللجوء إلى التحكيم، فإذا زال أثر اتفاق التحكيم يتعين الرجوع إلى الأصل.

وإذا كانت التشريعات العربية للتحكيم، السابق الإشارة إليها، تعد الدفع بوجود اتفاق تحكيم أمام محاكم الدولة، من قبيل الدفع بعدم قبول الدعوى، فإن الأمر على خلاف ذلك فى فرنسا، إذ يعد هذا الدفع فى القانون الفرنسى دفعاً بعدم الاختصاص. ولكننا نؤيد الرأى القائل بأنه دفع يدخل فى عداد الدفوع بعدم قبول الدعوى المتعلقة بالإجراءات، وهو دفع لا يتعلق بالنظام العام تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها، بل يجب التمسك به أمامها، ويجوز النزول عنه صراحةً أو ضمناً

---

(١١) نقض مدنى مصرى فى ١٧ أبريل ١٩٦٥، مجموعة أحكام النقض ١السنة ١٦ ص ٧٧٨.



ويسقط بالكلام فى موضوع الدعوى (١٢).

وهذا هو أيضاً ما استقر عليه صراحةً قضاء محكمة النقض المصرية، سواء قبل صدور قانون التحكيم أو بعد صدوره (١٣).

سلطة محاكم الدولة بالأمر باتخاذ إجراءات تحفظية أو تدابير وقتية:

تقضى المادة (٩) من القانون النموذجى بأنه لا يعد مناقضاً لاتفاق تحكيم، أن يطلب أحد الطرفين، قبل بدء إجراءات التحكيم أو فى أثنائها، من إحدى المحاكم أن تتخذ إجراءاً وقائياً مؤقتاً، وأن تتخذ المحكمة إجراء بناء على هذا الطلب.

وتقضى المادة (١٤) من كل من القانون المصرى والقانون العمانى، بأنه يجوز للمحكمة المنصوص عليها فى المادة (٩) من القانون، وهى محكمة استئناف القاهرة فى التحكيم الدولى، والدائرة الاستئنافية للمحكمة التجارية فى عمان، أن تأمر بناء على طلب أحد طرفى التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء فى اجراءات التحكيم أو فى أثناء سيرها. وتقرر المادة (١٣) من القانون الأردنى ذات الحكم ولكن تمنح الاختصاص بشأنه لقاضى الأمور المستعجلة. أما القانون اليمنى فتقضى المادة (١٨) منه بأن صدور الأوامر من المحكمة باتخاذ إجراء تحفظى أو مؤقت لا يعد مناقضاً لاتفاق التحكيم.

---

(١٢) فتحى والى، المرجع السابق رقم ٤٦٠ ص ٩٤٢.

(١٣) حكم محكمة النقض المصرية فى ٣٠ يناير سنة ٢٠٠١ فى الطعن رقم ١٤٦٦ لسنة ٧٠ق، وحكم نقض مصرى فى الطعن رقم ٣٦٠٨ لسنة ٥٨ق بجلسة ١٩٩٨/١٢/٢١، وحكم بتاريخ ٢٦ أبريل سنة ١٩٨٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٣ ج١ ص٤٤٢، ونقض بتاريخ ٦ يناير سنة ١٩٧٦ المجموعة السنة ٢٧ جـ١ ص١٣٨، ونقض بجلسة ١٥ فبراير سنة ١٩٧٢ السنة ٢٣ جـ١ص١٦٨. ومشار إلى جميع هذه الأحكام فى مجلة التحكيم العربى، العدد الخامس المرجع السابق ص١٩٨، ١٩٩.

وقد بلورت محكمة النقض المصرية هذا المبدأ فى حكم هام لها، إذا قضت بأن المقصود بالأوامر المشار إليها فى المادة (١٤) من قانون التحكيم، هى الأوامر على العرائض التى تصدر من قضاة الأمور الوقتية بما لهم من سلطة ولائية بناء على الطلبات على العرائض المقدمة إليهم من ذوى الشأن، ولما كان الأصل أن القاضى لا يباشر عملاً ولائياً إلا فى الأحوال التى وردت فى التشريع على سبيل الحصر، وتمشياً مع هذا الأصل، قضى المشرع فى المادة (١٩٤) مرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٢ بتقييد سلطة القاضى فى إصدار الأمر على عريضة، بحيث لا يكون له ــ وعلى ما أفصحت المذكرة الإيضاحية ــ أن يصدر هذا الأمر فى غير الحالات التى يرد فيها نص خاص، يجيز له إصداره، وإذ كان لا يوجد نص فى القانون يجيز انتهاج طريق الأوامر على العرائض لوقف تسييل خطابات الضمان، فإن الحكم المطعون فيه، إذ قضى بتـــــأييد الأمر على عريضة الصادر بوقف تسييل خطابى الضمان محل النزاع لصالح الجهة المستفيدة (الطاعنة) وبإيداع قيمتهما أمانة لدى البنك المطعون ضده الثانى، يكون قد خالف القانون، بما يوجب نقضه، دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن، ولا ينال من ذلك الاعتصام بما نصت عليه المادة (١٤) من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، لأن سلطة المحكمة فى إصدار الأوامر المشار إليها فى هذه المادة مرهون إعمالها بوجود نص قانونى يجيز للخصم الحق فى استصدار أمر على عريضة فيما قد يقتضيه النزاع موضوع التحكيم من اتخاذ أحد التدابير إعمالاً للأصل العام فى طريق الأوامر على العرائض الوارد فى المادة ١٩٤ مرافعات باعتباره استثناء لا يجرى إلا فى نطاقه دون ما توسع فى التفسير[١٤].

(١٤) نقض مدنى مصرى بتاريخ ١٢ ديسمبر سنة ١٩٩٦ مجموعة أحكام النقض ١لسنة ٤٧ جــ٢ ص١٥١٤ قاعدة ٢٧٦. وحسمت المحكمة بهذا خلافاً حول سلطة المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ من قانون التحكيم، فى إصدار أوامر بوقف تسييل خطابات الضمان استناداً إلى المادة ١٤ من هذا القانون



دور قضاء الدولة فى تعيين هيئة التحكيم:

قضت المادة (١١) من القانون النموذجى بأنه متى اتفق على أن يتولى التحكيم ثلاثة محكمين، ولم يعين أحد الطرفين محكمه خلال ثلاثين يوماً من تسلمه طلب الطرف الآخر بذلك، أو إذا لم يتفق المحكمان على تعيين المحكم الثالث خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تعيينهما، وجب أن تقوم بتعيينه المحكمة المشار إليها فى المادة (٦).
وإذا اتفق على أن يتولى التحكيم محكم منفرد، ولم يتفق الطرفان على تسميته، تقوم المحكمة المشار إليها فيما سبق، بتعيينه بناء على طلب أحد الطرفين. كذلك يتم اللجوء إلى المحكمة المختصة طبقاً للمادة (٦) إذا لم يراع أحد طرفى التحكيم ما اتفق عليه من اجراءات، أو لم يتمكن الطرفان أو المحكمان من التوصل إلى اتفاق مطلوب منهما وفقاً لهذه الاجراءات، أو إذا لم تقم سلطة التعيين التى تتضمن هذه الإجراءات تعيينها بأداء أية مهمة موكولة إليها. ويكون قرار المحكمة فى كل هذه الأمور نهائياً غير قابل للطعن فيه.

وقد نصت المادة (١٧) من كل من قانون التحكيم المصرى والعمانى على هذه الأحكام، كما تنص المادة (٢٢) من القانون اليمنى على أحكام مشابهة. أما القانون الأردنى الجديد فقد أخذ بما نص عليه القانون المصرى وذلك فى المادة (١٦) مع تقصير المدة التى يتم فيها اللجوء إلى المحكمة المختصة، لتعيين المحكمين إلى خمسة عشر يوماً بدلاً من ثلاثين يوماً.

ونلاحظ أن القانون النموذجى وجميع التشريعات العربية التى نقلت عنه، أناطت بالمحكمة سلطة تعيين المحكم فى الأحوال التى نصت عليها، ولم تسند هذه الوظيفة إلى رئيس تلك المحكمة.

وقد استقر القضاء فى مصر، على أن تعيين المحكم بأمر على عريضة من رئيس

المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من قانون التحكيم وليس بقرار من المحكمة المختصة بكامل هيئتها يعد باطلاً [١٥] ذلك لأن نص القانون يشير إلى أن اختيار المحكم يكون للمحكمة وليس لرئيسها أو رئيس الهيئة التى تنظر الدعوى[١٦].وبالرغم مما تقدم فقد صدرت فى مصر بعض الأوامر على العرائض، بتعيين المحكمين من قاضى الأمور الوقتية[١٧].

دور القضاء بشأن رد المحكمين:

تقضى المادة (١٣) من القانون النموذجى بأنه على طرف التحكيم الذى يعتزم رد محكم أن يرسل خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بتشكيل هيئة التحكيم أو من تاريخ علمه بأى ظرف من الظروف التى توجب الرد، بياناً مكتوباً بالأسباب التى يستند إليها طلب الرد، فإذا لم يتنح المحكم المطلوب رده أو لم يوافق الطرف الآخر على طلب الرد، فعلى هيئة التحكيم أن تبت فى طلب الرد، ويجوز لطالب الرد، إذا لم تقبل هيئة التحكيم طلبه أن يطلب من المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً من تسلمه قرار الرفض، أن تبت فى طلب الرد، ويكون قرارها فى هذا الشأن غير قابل

(١٥) أحكام محكمة استئناف القاهرة الدائرة ٩١ تجارى فى القضايا أرقام ١١٩/١٨ ق و١١٩/٢٠ ق و ١١٩/٨٢ ق بتواريخ ٣٠ أبريل ٢٠٠٢ و ٢٦ يونيو ٢٠٠٢ و ٢٦ فبراير ٢٠٠٣ على التوالى، أنظر مجلة التحكيم العربى العدد السابع يوليو ٢٠٠٤ ص ١٨٢ بعنوان المستحدث من قضاء محكمة استئناف القاهرة فى مسائل التحكيم التجارى للمستشار الدكتور برهان أمر الله رئيس الدائرة ٩١ بمحكمة استئناف القاهرة.

(١٦) فتحى والى رقم ٤٦٣ ص ٩٥٠، و إن كان يفضل الأخذ بمسلك القانون الفرنسى الذى ينص على أن يتم الاختيار بواسطة رئيس المحكمة بإجراءات الدعوى المستعجلة (المادة ١/١٤٤١ من المجموعة الفرنسية الجديدة للمرافعات).

(١٧) الأوامر الصادرة من قاضى الأمور الوقتية بمحكمة جنوب القاهرة الابتدائية أرقام ٩٨/١٢ فى ١٩٩٨/٤/٤ و ٩٨/١٨ فى ١٩٩٨/٥/٤ ورقم ٢٠٠٢/٣ فى ٢٠٠٢/١/٢١. وهى أوامر باطلة ويتعلق البطلان هنا بالنظام العام لمخالفة الإجراءات اللازم اتباعها قانوناً لتعيين المحكم.



للطعن. وقد أخذ القانون المصرى للتحكيم فى المادة (١٩) بهذا الحكم، وبتاريخ ٦ نوفمبر سنة ١٩٩٩ أصدرت المحكمة الدستورية العليا فى مصر، حكمها فى الدعوى رقم ٨٤ لسنة ١٩ قضائية دستورية، بعدم دستورية المادة (١٩) من قانون التحكيم، وبناء على هذا الحكم صدر القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٠ بتعديل المادة (١٩) ومنح الاختصاص بنظر دعوى الرد للمحكمة المشار إليها فى المادة (٩)، على أن يقدم طلب الرد إلى هيئة التحكيم التى تحيله بدورها إلى المحكمة لتفصل فيه بحكم غير قابل للطعن.

وقد أخذ القانون العمانى فى مسألة رد المحكم، بالنص المصرى قبل تعديله، أى بحكم القانون النموذجى، وهو حكم القانون البحرينى أيضاً، أماالقانون اليمنى فقد أخذت المادة (٢٤) باختصاص المحكمة المختصة، بنظر دعوى الرد ويكون حكمها قابلاً للطعن فيه أمام المحكمة الأعلى درجة.

وقضت المادة ١٨ من القانون الأردنى الجديد بأن يقدم طلب الرد كتابةً إلى المحكمة المختصة وهى محكمة الاستئناف التى تفصل فى الطلب بحكم غير قابل للطعن.

وقد قررت محكمة استئناف القاهرة فى بعض قضايا رد محكمين، مبادئ قانونية خلاقة تكمل دور قانون التحكيم، دون أن تخرج على نصوصه أو تخالفها. من ذلك ما قضت به من أنه لا يجوز تقديم طلب رد المحكم قبل تشكيل هيئة التحكيم وبمجرد تعيينه من قبل الشركة المحتكمة فى طلب التحكيم، ذلك أن المادة (١٩) من قانون التحكيم تشترط تقديم طلب الرد كتابةً إلى هيئة التحكيم مما يعنى أن هيئة التحكيم التى تضم المحكم المطلوب رده، قد تم تشكيلها فعلاً، ومن ثم فإن طلب الرد يكون غير مقبول لتقديمه قبل الأوان،

تشير المحكمة إلى أن طلب رد المحكم لا يقدم إلى المحكمة مباشرةً بل إلى هيئة التحكيم التى تضم المحكم المطلوب رده(١٨).

كما حكمت محكمة استئناف القاهرة فى دعوى برد جميع أعضاء هيئة التحكيم ومن بينهم المحكم المعين من طالب الرد، برفضها، وقضت بأن قواعد الرد الواردة فى القانون تتعلق بالنظام العام ولا يجوز الإتفاق على مخالفتها ولذا فإن الفصل فى طلب رد المحكم لابد أن يكون بحكم يصدر من جهة لها ولاية إصداره قانوناً. وكذلك فإن قانون التحكيم المصرى قد حصر أسباب رد المحكم فى قيام ظروف تثير شكوكاً جديةً حول حيدة المحكم أو استقلاله، ورداً على ادعاء طالب الرد بعدم حياد جميع أعضاء هيئة التحكيم، ذكرت المحكمة أنه إدعاء لا يستند إلى دليل يسانده وجاء مرسلاً. كما أن المحكم المسمى من قبل أحد الخصوم يصبح فى مترلة القاضى بمجرد قبوله المهمة المسندة إليه، ومن ثم فإنه ليس وكيلاً او محامياً للخصم الذى اختاره بل هو قاض مختار يجب أن تتوافر فيه ضمانتا الحيدة والاستقلال عن جميع أطراف التراع بما فيهم الخصم الذى اختاره(١٩).

دور القضاء فى الأمر بإنهاء اجراءات التحكيم:

لم يمنح القانون النموذجى، قضاء الدولة، سلطة إصدار الأمر بإنهاء إجراءات التحكيم، وإنما منح هذه السلطة فقط لهيئة التحكيم فى أحوال معينة نصت عليها المادة (٣٢) من هذا القانون وهذا هو ما أخذ به القانون البحرينى. أما القانون

(١٨) محكمة استئناف القاهرة الدائرة ٩١ تجارى، حكمها بتاريخ ٢٦ يونيو سنة ٢٠٠٢ فى طب الرد المقيد برقم ١١٩/١٢٠ ق، وأنظر أيضاً حكمها فى ذات المعنى بتاريخ ٢٩ يونيو ٢٠٠٣ فى القضية رقم ١٢٠/١٦٠ ق تحكيم.

(١٩) محكمة استئناف القاهرة الدائرة ٩١ تجارى بتاريخ ٢٩ أبريل سنة ٢٠٠٣ فى القضية رقم ١٢٠/١ ق تحكيم تجارى.



المصرى والقانون العمانى فقد قضت المادة ٤٥ من كل منهما، بأنه إذا لم يصدر حكم التحكيم المنهى للخصومة كلها خلال الميعاد المتفق عليه أو خلال إثنى عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم عند عدم الاتفاق على ميعاد، جاز لأى من طرفى التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) (رئيس محكمة استئناف القاهرة فى التحكيم التجارى الدولى فى مصر، ورئيس المحكمة التجارية فى عمان) أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافى أو بإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لأى من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها.

ولم يحدد القانون اليمنى ميعاداً لإصدار حكم التحكيم، وبالتالى فلم يتضمن نصاً على منح المحكمة المختصة سلطة إصدار أمر بإنهاء اجراءات التحكيم.

ويثور التساؤل فى ظل التشريعات التى تقرر سلطة القضاء فى إصدار أمر بتحديد ميعاد إضافى أو بإنهاء الإجراءات فى حالة إنتهاء ميعاد التحكيم المتفق عليه أو المقرر قانوناً، عن أمرين.

الأول: هل يجوز أن يصدر رئيس المحكمة المختصة أمراً بتجديد مهلة التحكيم إذا ما طلب منه إنهاء الإجراءات؟

الثانى: إذا تبنى طرفا التحكيم قواعد تحكيم لا تحدد مهلة لإصدار الحكم التحكيمى، فهل نطبق النص القانونى الذى يقضى بتحديد هذه المهلة ويكون لرئيس المحكمة من ثم، سلطة إصدار أمر بإنهاء الإجراءات؟

وفيما يتعلق بالسؤال الأول، فإن النص القانونى يجيز لأى من طرفى التحكيم عند انتهاء مدة التحكيم دون صدور الحكم، أن يطلب من رئيس المحكمة إصدار الأمر بتحديد ميعاد إضافى أو بإنهاء الإجراءات، ومن ثم فإنه كما يدخل فى نطاق سلطة رئيس المحكمة أن يصدر أمراً بإنهاء اجراءت التحكيم، فإن له أيضاً سلطة إصدار أمر

بتجديد مهلة التحكيم، ويبدو من صريح النص أن سلطة رئيس المحكمة فى إصدار أمرٍ بالإنهاء أو بالتجديد تتوقف على الطلب المقدم إليه من أحد طرفى التحكيم، أما إذا قدم أحد طرفى التحكيم طلباً بإنهاء الإجراءات وقدم الطرف الآخر طلباً بتجديد مهلة التحكيم، فإنه يجوز لرئيس المحكمة أن يصدر أمراً بالتجديد ويرفض الأمر بإنهاء الإجراءات، والعكس أيضاً صحيح. ويحتاج الأمر من رئيس المحكمة إلى حسن تقدير، إذ لا يسوغ إصدار أمرٍ بالإنهاء فى نهاية مراحل التحكيم خاصة متى تبين له أن التحكيم كان فى مراحله النهائية، ويترتب على إنهاء الإجراءات الإضرار بعملية التحكيم ومصالح طرفيه وأن طلب إنهاء الإجراءات فى تلك المرحلة لم يكن إلا من قبيل الكيد والتعنت [٢٠].

أما الأمر الثانى، فإنه يتعلق بتحكيم يتبنى طرفاه قواعد تحكيمية لا تنص على تحديد مهلة للتحكيم، فهل تسرى القواعد القانونية التى تحدد تلك المهلة والتى ينص عليها قانون الدولة التى يجرى فيها التحكيم، أم يمكن أن يصدر حكم التحكيم فى أى وقت تنفيذاً لإرادة الطرفين بتبنى قواعد تحكيمية لا تحدد مدة لإصدار حكم التحكيم؟ أجابت محكمة استئناف القاهرة على ذلك بأنه متى اتفق طرفا التحكيم على إخضاع إجراءات التحكيم بينهما لقواعد الأنسيترال، يكونا قد اتفقا على عدم تحديد مهلة لإصدار حكم التحكيم و تركا هذا الأمر لهيئة التحكيم تحدده طبقاً لظروف الدعوى وفقاً لنص المادة (٥) من قانون التحكيم المصرى، باعتبار أن مفاد الإحالة إلى قواعد الأنسيترال هو اتفاق الأطراف على إخضاع إجراءات التحكيم

---

(٢٠) ويعلق الدكتور عبد الحميد الأحدب على منح القضاء ، إلى جانب سلطان الإرادة سلطة تمديد مهلة التحكيم وهو الذى أخذ به القانون الأردنى الجديد أنه يؤدى إلى أن يصبح الخصوم فى أسر التحكيم، لا يستطيعون الخروج منه إلا بقرار" إخلاء سبيل" من المحكمة القضائية، أو من المحكم بعدم تمديد المهل.

برمتها لنظام التحكيم الذى وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى، بحيث تطبق قواعد هذا النظام كوحدة متكاملة باعتبارها القانون الذى يحكم إجراءات التحكيم بما فى ذلك مسألة المهلة التى يصدر حكم التحكيم خلالها، ولا يخرج عن ذلك سوى القواعد الآمرة فى قانون التحكيم المصرى التى لا يجوز للطرفين مخالفتها. وجدير بالإشارة أن المهلة الواردة فى نص المادة (٤٥) من قانون التحكيم المذكور ليست من القواعد الآمرة، ذلك أنها لا تطبق إلا إذا لم يتفق الأطراف على ما يخالفها، وبعبارة أخرى، فإن المهلة التى يجب صدور حكم التحكيم خلالها طبقاً للمادة (٤٥) المذكورة ليست من الأمور ذات الطبيعة الآمرة التى لا يجوز الخروج عنها، لأنها لا تنال من الأصل العام الذى أقرته هذه المادة فى صدر فقرتها الأولى من ضرورة تغليب ما اتفق عليه الطرفان ..... لذلك فإن عدم إصدار هيئة التحكيم حكمها المنهى للنزاع كله على الرغم من مضى أكثر من ثمانية عشر شهراً من بدء اجراءات التحكيم (المهلة المقررة فى المادة (٤٥) مصرى هى اثنى عشر شهراً من تاريخ بدء الإجراءات) لا يستوجب إعمال الجزاء المنصوص عليه فى الفقرة الثانية من المادة (٤٥) سالفة البيان، ويتعين لذلك رفض إصدار الأمر بإنهاء إجراءات التحكيم ...[٢١].

ولما كان قانون التحكيم المصرى وما اتبعه من قوانين أخرى عربية، لم تتضمن النص على جواز التظلم من الأمر الصادر بإنهاء إجراءات التحكيم أو بمد مهلة التحكيم، فقد ثار التساؤل حول هذا التظلم وما هى المدة المحددة لتقديم التظلم فى

---

(٢١) أنظر أمرى رئيس محكمة استئناف القاهرة الدائرة ٩١ تجارى بتاريخ ٢٧ أكتوبر٢٠٠٣ برقمى ١٨ و ١٩ لسنة ١٢٠ قضائية تحكيم تجارى. وكانت محكمة استئناف القاهرة الدائرة ٨ تجارى قد أصدرت قبل ذلك حكماً بتاريخ ١٩٩٥/٩/١٠ فى التظلم رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٥، يقضى بذات المبدأ إذ كان الاتفاق بين طرفى التحكيم يقضى بتبنى قواعد الأنسيترال للتحكيم التجارى الدولى التى لا تحدد مهلة لإصدار حكم التحكيم.

حالة إجازته؟

أجابت على ذلك محكمة استئناف القاهرة، بأنه يجوز التظلم من الأمر، بإنهاء إجراءات التحكيم برغم عدم نص قانون التحكيم على ذلك، إذ لم يمنع القانون مثل هذا التظلم، أما عن ميعاد التظلم فهو عشرة أيام من تاريخ إعلانه، طبقاً للمادة (١٩٧) من قانون المرافعات المعدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ بشأن التظلم من الأوامر على العرائض [٢٢] .

دور القضاء بشأن بطلان حكم التحكيم:

لم يجز القانون النموذجى الطعن فى حكم التحكيم أمام إحدى المحاكم إلا عن طريق واحد أسماه " طلب إلغاء الحكم" وحددت المادة (٣٤) من هذا القانون الأحوال التى يجوز فيها طلب إلغاء حكم التحكيم وذلك على سبيل الحصر.

ولم يستطع المشرع المصرى أن يجارى القانون النموذجى فى صياغة هذا الحكم، وإنما نص فى المادة (٥٢) على ألا تقبل أحكام التحكيم الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن المقررة فى قانون المرافعات، ولكن يجوز رفع دعوى بطلان الحكم وفقاً للأحكام المقررة فى المادتين (٥٣، ٥٤) من قانون التحكيم.

ويرد القانون المصرى بذلك إلى دعوى البطلان طبيعتها القانونية الصحيحة، حيث إنها ليست طريقاً من طرق الطعن، وإنما هى دعوى مبتدأة يفصل فيها طبقاً لأحوال البطلان التى يحددها القانون على سبيل الحصر، وخلال الميعاد المحدد فى القانون، على أن تختص بنظرها المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) فيما يتعلق بالتحكيم الدولى وهى محكمة استئناف القاهرة، مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر. وجعل المشرع المصرى الاختصاص بنظر تلك الدعوى فى التحكيم

(٢٢) محكمة استئناف القاهرة الدائرة ٩١ تجارى فى الدعوى التحكيمية رقم ٩ سنة ١١٩ق بتاريخ ٣٠ أبريل ٢٠٠٢.



الداخلى لمحكمة الدرجة الثانية التى تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع. ويطابق كل من القانون العمانى والقانون الأردنى أحكام القانون المصرى بشأن بطلان حكم التحكيم، أما القانون اليمنى فإنه أقرب إلى حكم القانون النموذجى فى هذا الشأن.

أما أحوال البطلان التى قررتها المادة (٥٣) من القانون المصرى على سبيل الحصر فهى:

(١): (أ) إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته.

(ب) إذا كان أحد طرفى اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذى يحكم أهليته.

(ج) إذا تعذرعلى أحد طرفى التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأى سبب آخر خارج عن إرادته.

(د) إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذى اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

(هـ) إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.

(و) إذا فصل حكم التحكيم فى مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الإتفاق. ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.

(ز) إذا وقع بطلان فى حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً

أثر فى الحكم.

(٢) وتقضى المحكمة التى تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام فى جمهورية مصر العربية.

وقد لعب الفقه و القضاء المصريان دوراً كبيراً فى إرساء قواعد بطلان حكم التحكيم، لا سيما فيما يتعلق بتفسير معنى الحالات المذكورة فى المادة (٥٣). من ذلك مثلاً ما قرره بعض الفقه من أن دعوى البطلان تتوجه إلى الحكم كعمل قانونى بصرف النظر عما يتضمنه الحكم من خطأ فى التقدير، ولهذا فإن العيوب التى يجوز التمسك بها بدعوى البطلان، يجب أن تكون أخطاء فى الإجراء، أى عيوب إجرائية، إذ هى وحدها التى تؤدى إلى بطلان الحكم، أما الخطأ فى التقدير، أى مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله، فإنه مهما كانت جسامته لا يؤدى إلى بطلان الحكم، ومن ثم لا يجيز رفع دعوى ببطلانه ...... ومع ذلك فإنه طبقاً لهذا الرأى، يجوز أن يشمل بطلان الحكم لعيب ذاتى صدور الحكم دون أسباب أو وفقاً لأسباب متناقضة أو غير منطقية أو يشوبه بالقصور، ويدخل ذلك ضمن الحالة المنصوص عليها فى الفقرة (ز) من المادة (٥٣) وهى حالة وقوع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم [٢٣] ونحن من جانبنا وإن كنا نقر هذا الرأى فى حالة عدم تسبيب حكم التحكيم أو تناقض أسبابه،فإننا لا نقره فيما يتعلق بالنعى على الحكم بالقصور لأن من شأن ذلك أن تنظر محكمة البطلان فى موضوع النزاع، ومن ناحية أخرى فإن القضاء المصرى للتحكيم، خالف هذا النظر وقضى بأن النعى على حكم التحكيم بالبطلان لتناقض أسبابه، ليس من شأنه أن يؤدى إلى بطلان الحكم، لأنه لا يدخل ضمن حالات البطلان المقررة فى المادة (٥٣) من قانون التحكيم، ولا تتسع

---

(٢٣) فتحى والى المرجع السابق رقم ٥٠٦ ص ١٠١٩ ثم رقم ٥٠٨ ص ١٠٢٣.



دعوى البطلان لإعادة النظر فى موضوع النزاع أو تعييب ما قضى به حكم التحكيم فى شأنه (٢٤) .

ومن ناحية أخرى، فإنه من بين حالات البطلان التى قررها القانون المصرى، دون أن يشير القانون النموذجى إليها، الحالة التى يستبعد فيها حكم التحكيم تطبيق القانون الذى اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع (المادة ٥٣/د)، وقد اختلف الفقه والقضاء حول تفسير هذا النص، فقد ذهب بعض الفقه إلى أن هذه الحالة لا تتوافر، إذ طبق المحكمون القانون الواجب التطبيق، ولكن شاب حكمهم مخالفة لقواعد هذا القانون أو خطأ فى تطبيقها أو فى تأويلها (٢٥) بينما يذهب البعض الآخر إلى أن هذا النص يشمل وقوع خطأ جسيم فى تطبيق القانون الذى اختاره أطراف النزاع، لأن هذا يعد استبعاداً غير مباشر لتطبيق ذلك القانون، يعادل فى أثره وخطورته استبعاده مباشرةً (٢٦).

ويبدو أن محكمة استئناف القاهرة قد مالت إلى الإتجاه الثانى، عند نظرها فى دعوى بطلان حكم التحكيم الصادر فى القضية التحكيمية الشهيرة " كرومالوى" إذ حكمت بأنه إذا تضمن العقد النص على أن القانون الواجب التطبيق بمعرفة هيئة

---

(٢٤) محكمة استئناف القاهرة الدائرة ٩١ تجارى بتاريخ ٢٩ أبريل ٢٠٠٣ فى القضية رقم ٩٨ لسنة ١١٩ ق تحكيم تجارى. وقررت المحكمة ذات المبدأ فى الدعوى رقم ١١٩/١ ق تحكيم بتاريخ ٢٩ سبتمبر ٢٠٠٣. ونحن نقر المحكمة فى أن دعوى البطلان ليست طعناً بالاستئناف على حكم التحكيم فلا يجوز إعادة النظر فى موضوع النزاع أو تعييب الحكم المذكور فيه، أما تناقض حكم التحكيم فى أسبابه أو عدم تسبيب الحكم أصلاً فإن من شأنه أن يؤدى إلى بطلان الحكم.

(٢٥) فتحى والى رقم ٥٠٧ ص ١٠٢١.

(٢٦) عبد الحميد الأحدب، المقال السابق ص ١٠١. وهذا هو أيضاً رأى الدكتور أكثم الخولى حيث يرى أن الخطأ الجسيم فى تطبيق قانون الإرادة يعادل استبعاده ويسمح بطلب البطلان، محاضرته حول اتجاهات قانون التحكيم المصرى الجديد فى مؤتمر نظمه مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى فى ١٢ و ١٣ سبتمبر ١٩٩٤.

التحكيم، هو القانون المصرى، وكان الثابت أن العقد عقد إدارى، فإن مفاد ذلك هو تطبيق القانون الإدارى المصرى، فإذا أعمل حكم التحكيم القانون المدنى المصرى دون القانون الإدارى المصرى، فإنه يكون قد استبعد القانون المتفق عليه فى العقد بما تتوافر معه حالة البطلان المنصوص عليها فى المادة (٥٣/١ــ د) (٢٧).

ومن ناحية أخرى يلاحظ أنه إذا كانت دعوى بطلان حكم التحكيم كما ترفع ضد حكم التحكيم الوطنى فإنها ترفع أيضاَ ضد حكم التحكيم الدولى الذى يخضع لأحكام القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، أما حكم التحكيم الأجنبى فلا يجوز إقامة دعوى بطلان ضده، ولا يكون أمام الخصم الذى يحتج عليه بالحكم الأجنبى فى داخل الدولة سوى الإعتراض على تنفيذه، وإقامة الدليل على توافر أحد الأسباب المانعة من الإعتراف به وتنفيذه طبقاً لإتفاقية نيويورك سنة ١٩٥٨ بشأن أحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها (٢٨)

ومما تقدم يبين دور القضاء فى خلق القواعد القانونية بمناسبة تفسير أو تنفيذ أحكام القانون.

دور القضاء فى تنفيذ حكم التحكيم:

أناط القانون النموذجي بقضاء الدولة إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم (المادة ٣٥). وقد تضمن قانون التحكيم المصرى والقوانين التى اتبعته، شروط تنفيذ حكم المحكمين، فقررت المادة (٥٦) من هذا القانون اختصاص رئيس المحكمة المشار إليها

(٢٧) محكمة استئناف القاهرة الدائرة ٧ تجارى فى دعوى التحكيم رقم ١٦ لسنة ١٩٩٤ بتاريخ ٥ ديسمبر ١٩٩٥. وحكم آخر فى ٧ سبتمبر ١٩٩٩ فى الدعوى رقم ٨ سنة ١١٥ ق تحكيم. وأشار إليهما د. فتحى والى فى هامش (٢) ص ١٠٢١ من المرجع السابق ويرى أنه اتجاه محل نظر.

(٢٨) قضاء محكمة استئناف القاهرة فى عدة قضايا (الدائرة ٩١ تجارى والدائرة ٦٣ تجارى) أنظر الإشارة إلى هذه الأحكام، عرض المستحدث من قضاء محكمة استئناف القاهرة فى مسائل التحكيم التجارى للمستشار الدكتور برهان أمر الله، مجلة التحكيم العربى العدد السابع يوليو ٢٠٠٤ ص ١٨٤.

فى المادة (٩) (محكمة استئناف القاهرة فى التحكيم التجارى الدولى) أو من يندبه من قضاها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين.

ولا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، إلا بعد التحقق من أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية فى موضوع النزاع، وأنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام المصرى، وأن حكم التحكيم قد أعلـــن إعـــلاناً صحيحاً للمحكوم عليه (المادة ١/٥٨). كما قضت المادة (٢/٥٨) بأنه لا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم، أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقاً للمادة (٩) خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره.

وقد انتقد نص المادة (٢/٥٨) بعدم إجازة التظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ، خاصة أن النص يمنع صدور الأمر فى حالة تعارض حكم التحكيم مع حكم سبق صدوره من إحدى المحاكم المصرية فى موضوع النزاع، إذ يستحيل تنفيذ هذا الشرط فى حالة عدم إجازة الطعن فى الأمر الصادر بالتنفيذ، لأنه لا يمكن لرئيس المحكمة الذى يصدر الأمر أن يتحقق من هذا التعارض إلا إذا أثبت الطرف الذى له مصلحة فى عدم صدور الأمر ذلك، ولا يتحقق لهذا الطرف ذلك إلا بإجازة التظلم فى الأمر الصادر بالتنفيذ، لأن الأمر ذاته يصدر فى غيبة المحكوم عليه فى حكم التحكيم. لذلك حكمت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بتاريخ ٦ يناير ٢٠٠١ بعدم دستورية نص المادة (٢/٥٨) من قانون التحكيم [٢٩].ومع ذلك أصبح التظلم جائزاً وفقاً للقانون المصرى سواء فى الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم أو برفض تنفيذه.

وقد تضمن القانون العمانى ذات الحكم فى المادة (٥٨) منه، و لذلك يخضع هذا الحكم لذات النقد الذى وجه إلى النص المصرى قبل صدور حكم المحكمة الدستورية

(٢٩) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية فى القضية رقم ٩٢ لسنة ٢١ قضائية "دستورية" فى ٦ يناير ٢٠٠١.

العليا المشار إليه آنفاً. وقد نصت المادة (٥٣) من القانون الأردنى الجديد على اختصاص محكمة الاستئناف باعطاء الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم، فالمحكمة إذن، وليس رئيس المحكمة هى المختصة بمنح الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم، لذلك فإنه طبقاً للمادة (٥٤) من القانون الأردنى لا يكون قرار إعطاء صيغة التنفيذ قابلاً للمراجعة، أما رفض إعطاء صيغة التنفيذ فهو الذى يقبل المراجعة أمام محكمة التمييز، ويعد هذا الحكم منطقياً فى القانون الأردنى لأن الأمر بإعطاء الصيغة التنفيذية يقبل الاعتراض من الطرف المحكوم عليه إذ يتم إصدار الأمر بناء على دعوى يمثل فيها المحكوم عليه فى حكم التحكيم.

أما القانون اليمنى فقد أناط مهمة تنفيذ حكم التحكيم لمحكمة الاستئناف أو من تنيبه المادة (٥٨).

ولا يفوتنا أن نلفت النظر هنا إلى أن اختصاص رئيس المحكمة المختصة بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، لا يتسع ليشمل تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، إذ قرر قانون المرافعات نصوصاً مختلفة فى المواد من (٢٩٦ إلى ٣٠١) منه.

وقد ذهبت محكمة استئناف القاهرة إلى أنه يجوز الأمر بوضع الصيغة التنفيذية على أحكام المحكمين الأجنبية بطريق الأمر على عريضة، أسوة بتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وذلك طبقاً للمادة الثالثة من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية [٣٠]. تأسيساً على أنه إذا وجدت أحكام وقواعد أقل شدة ومقررة لتنفيذ الأحكام الوطنية للتحكيم، وقواعد أكثر شدة فى تنفيذ الأحكام الأجنبية (قواعد قانون المرافعات)،

---

(٣٠) الدائرة ٦٣ تجارى بتاريخ ١٧ فبراير ١٩٩٩ فى القضية رقم ٧٦ /١١٥ ق تحكيم تجارى، والدائرة ٩١ تجارى بتاريخ ٢٧ يوليو ٢٠٠٣ فى القضية رقم ١٢٠/٧ ق تحكيم تجارى. مقال د. برهان أمر الله ص ١٨٥.



وجب الأخذ بالقواعد الأقل شدة وهى هنا قواعد قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، لأن المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك تقضى فى فقرتها الثانية بأنه لا يجوز أن تفرض أحكام لتنفيذ أحكام المحكمين تفرض شروطاً أكثر شدة من تلك التى تفرض لتنفيذ أحكام المحكمين الوطنيين. ونرى أن هذا الاتجاه من القضاء المصرى يستحق إعادة النظر فيه، لأن الفقرة الأولى من المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك تقضى، من جانب آخر، بأنه على الدول المتعاقدة أن تأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبى طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة فى الإقليم المطلوب إليه التنفيذ. فضلاً عن أن تقدير شروط التنفيذ بأنها أكثر شدة أو أقل شدة، لمجرد أن تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية والدولية الخاضعة للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ يتم بأمر على عريضة، بينما لا يتم تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية طبقاً لقانون المرافعات إلا بحكم يصدر فى دعوى بطلب التنفيذ، يعد أمراً محل نظر، لا سيما بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا فى مصر بأنه يجوز التظلم سواء فيما يتعلق بالأمر بالتنفيذ أو بالأمر برفض التنفيذ، ويعنى ذلك أن الأمر الصادر من رئيس المحكمة سواء بالتنفيذ أو برفض التنفيذ مآله إلى دعوى تنظرها المحكمة.



خـــاتمـــة

بعد أن عرضنا لأهم الأحوال التى يتدخل فيها قضاء الدولة فى أمور التحكيم، ورأينا من خلال بعض التطبيقات القضائية، لهذه الأحوال ــ وهى عديدة ــ أن القضاء يلعب دوراً خلاقاً فى تفسير وتطبيق قانون التحكيم، وأن هذا الدور يجب أن يتسم بالدقة وحسن التقدير، حتى لا يتجاوز القضاء سلطته المقررة قانوناً، ويؤدى دوراً قد يشوبه افتئات على أحكام القانون أو خروج علـــى وظيفة القضاء و التوفيق بين الأمرين، ليس باليسير، إذ على القضاء أن يفسر ما غمض أو ما أُجمل من أحكام القانون، وأن يطبق هذه الأحكام بما لا يعد قضاءً منه بما لم يطلبه الخصوم، لأن القضاء أنيط به تفسير وتطبيق القانون فى حدود معينة، بل يقوم أحياناً بتكملة إرادة المتعاقدين فى بعض المسائل التى ينص القانون عليها.

ولا شك أن اجتهاد القضاء فى مجال التحكيم، يعد محموداً، بما له وما عليه ويكون على عاتق الفقه أن يعلق على أحكام القضاء وأن يبدى وجهة نظره فيما يقضى به فى شأن أمور التحكيم حتى يؤيد ما يراه دوراً خلاقاً دون أن يكـــون هناك تجاوز و شطط.